



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.001036/2007-13
Recurso nº 167.524 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.914 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de dezembro de 2010
Matéria IRPF- Ex(s): 2002 e 2003
Recorrente LUÍS FELIPE MALHÃO E SOUSA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002, 2003

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - LANÇAMENTO COM
BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - ERRO NA
IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

Na presunção de omissão de rendimentos de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, o sujeito passivo é o titular da conta bancária que, regularmente intimado, não comprova a origem dos depósitos bancários. O ônus da prova de que o contribuinte é titular de fato da conta bancária mantida em nome de terceiro, pessoa física ou jurídica, é da autoridade lançadora.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade dar provimento ao recurso para cancelar o lançamento fiscal, nos termos do voto da Relatora.

FRANCISCO ASSIS DE OLIVEIRA JUNIOR - Presidente.

JANAINA MESQUITA LOURENÇO DE SOUZA - Relatora.

EDITADO EM:

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Eduardo Tadeu Farah, Janaina Mesquita Lourenço de Souza, Gustavo Lian Haddad e Francisco Assis de Oliveira Júnior (Presidente). Ausência justificada da conselheira Rayana Alves de Oliveira França.

Relatório

O contribuinte em epígrafe foi autuado por omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, nos anos calendários 2001 e 2002, conforme Auto de Infração de fls. 1525/1527.

Consta nas considerações iniciais do Termo de Verificação Fiscal, de fls. 1509/1520, que a fiscalização iniciou-se em razão da CPMI-BANESTADO que teve como finalidade apurar as responsabilidades sobre evasão de divisas do Brasil, especificamente para os chamados paraísos fiscais, através de denúncias veiculadas pela imprensa, reveladas pela operação Macuco, realizada pela Polícia Federal, que apurou evasão de divisas do país efetuadas entre 1996 e 2002, por meio das chamadas contas CC5.

Cientificado da autuação fiscal, conforme faz prova o AR de fls. 1528, o contribuinte apresentou a defesa de fls. 1532/1549 e documentos de fls. 1550/1570.

Em análise a impugnação, a DRJ de São Paulo – SP II julgou o lançamento procedente (decisão de fls. 1575/1588), conforme a seguinte Ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002

DECADÊNCIA.

Tratando-se de lançamento ex officio, a regra aplicável na contagem do prazo decadencial é a estatuída pelo art. 173, I do Código Tributário Nacional, iniciando-se o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

NULIDADE.

Constatado que o procedimento fiscal foi realizado com estrita observância das normas de regência, tendo sido os atos e termos lavrados por servidor competente e respeitado o direito de defesa do contribuinte, fica afastada a hipótese de nulidade do lançamento.

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/01/1997.

A Lei nº 9.430/96, que teve vigência a partir de 01/01/1997, estabeleceu, em seu art. 42, uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito ou investimento.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Configurada a existência de dolo, impõe-se ao infrator a aplicação da multa qualificada prevista na legislação de regência.

DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. EXTENSÃO.

As decisões judiciais, a exceção daquelas proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade de normas legais, e as administrativas não têm caráter de norma geral, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência senão àquela objeto da decisão.”

O aviso de recebimento de fls. 1589 (verso) atesta que o contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância administrativa em 18 de abril de 2008.

Inconformado com a decisão “*a quo*” o contribuinte ingressou com o Recurso Voluntário de fls. 1594/1617, alegando:

1. que os documentos obtidos a partir de processos de quebras de sigilo da conta da Doyen Corporation no Merchants Bank de Nova Iorque e da conta da Biscay Trading no MTB-CBC-Hudson Bank., estão explicitando os créditos efetuados nestas contas no período de 2001 e 2002, como também os débitos, na grande maioria dos casos, com a clara indicação do nome e conta bancária dos terceiros-beneficiários das transferências;
2. que, na ação penal, colaborou ativamente com as autoridades públicas, tendo admitido em dois longos depoimentos ter desenvolvido neste período, utilizando-se destas contas bancárias, atividades no mercado de “câmbio paralelo”, além de trabalhar para identificar alguns beneficiários que cujos dados não constavam das informações recebidas das autoridades norte-americanas;
3. que os documentos confirmam que a origem dos recursos creditados no exterior foi sempre de clientes ou parceiros, e que, à exceção dos pequenos “spread’s” cobrados pelo serviço, estes valores eram integralmente debitados daquelas contas e creditados em contas bancárias dos beneficiários, na maioria dos casos, identificados (com nome e número da conta) nestes mesmos documentos resultantes das quebras de sigilo;
4. que ficou demonstrado que as contas bancárias na atividade de “câmbio paralelo” eram utilizadas para simples transferência de recursos financeiros em moeda norte-americana. Nos extratos estão arrolados créditos e, incontinenti, débitos de mesmo valor para uma outra conta bancária, na grande maioria dos casos, com a indicação de nome e número da conta do beneficiário e que desde o início a administração tributária sabiam da natureza das operações realizadas nas contas indicadas e os reais beneficiários dos recursos financeiros que por elas transitaram;
5. que no âmbito da ação fiscal requereu os documentos que estavam em posse da fiscalização para poder indicar os beneficiários daquelas operações que, eventualmente, não estivessem identificados e, em resposta, a autoridade fiscal remeteu uma longa listagem de créditos (apenas créditos) realizados nestas contas bancárias;

6. que em resposta a novo requerimento, a autoridade remeteu nova listagem em relação à conta 9004366 do Merchants Bank de Nova York, com os débitos realizados no período de 2001 e 2002. Já em relação à conta 030102375 no MTB-CBC-HUDSON BANK recebeu nova listagem de créditos, mas que eram diferentes da anteriormente enviada;
7. que, em nova manifestação, o recorrente apontou as obscuridades nos dados, informou a natureza das operações que eram realizadas naquelas contas, além de informar que a conta bancária de n. 3112238, no JP Morgan Chase Bank havia sido declarada em sua DIRPF e os impostos pagos, conforme se comprovou mediante a apresentação do DARF;
8. que a autoridade não disponibilizou ao recorrente a totalidade das informações que possuía, não obstante tenha sido insistentemente instada a isso, impedindo ao recorrente o legítimo direito a ampla defesa;
9. Que não é presumível o que é certo e conhecido, portanto, inaplicável o art. 42 da Lei 9430/96, pois a autoridade fiscal conhecia a origem e o destino dos recursos utilizados nessas operações, como comprova o fato de estar cobrando o imposto também dos beneficiários dos recursos movimentados nas contas bancárias envolvidas no presente processo;
10. Que as informações compartilhadas com a Receita Federal plasmavam com clareza e exatidão que (i) os depósitos ocorridos nas contas envolvidas não constituíam renda nem receita do recorrente e (ii) que estes depósitos foram feitos para serem repassados à terceiros, efetivos titulares destes recursos, cuja identificação, na grande maioria dos casos, encontra-se nos extratos recebidos das autoridades norte-americanas e, depois, compartilhados com a Receita Federal;
11. Que houve cerceamento de defesa quando o julgador de primeira instância indeferiu o pedido, sob o argumento que o lançamento efetuado teria alcançado apenas as contas correntes de titularidade/responsabilidade do recorrente. Ao fazê-lo impediu que fossem incluídas na instrução do processo elementos essenciais à defesa do recorrente, violando seu direito constitucional à ampla defesa e, portanto, tornando viciada a própria decisão;
12. Que o lançamento está baseado em apuração feita sobre dados inconsistentes e imprecisos como demonstra o fato de ter havido retificações sobre valores lançados na apuração (por exemplo um crédito de 19.980,00 transformou-se em 1.998.000,00);
13. Que para efeitos do Imposto de Renda e diante da realidade comprovada os eventuais rendimentos obtidos pela atividade de “câmbio paralelo” deveriam ter sido tributados equiparando-se à

pessoa jurídica o que não foi feito na apuração do lançamento impugnado, de acordo com o Art. 150 do RIR;

14. Que o valor lançado não chega a 5% de todos os bens bloqueados na ação penal n. 2005.70.00.034008-0, ou seja muitíssimo superior ao patrimônio que o recorrente acumulou ao longo de toda a sua vida. A exação é confiscatória, além de representar clara e inequívoca violação ao Princípio da Capacidade Contributiva;
15. Que encontram-se atingidos pela decadência os pretensos créditos cujos fatos geradores sejam anteriores a 27 de abril de 2002, pois a ciência do contribuinte ocorreu em 27 de abril de 2007, conforme previsão do § 4º do Art. 150 do CTN, uma vez que não há que se falar nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação;
16. Que é nítida a comprovação da fraude para a imposição da multa de 150% sendo que o não reconhecimento de fraude leva a exclusão da referida multa, conforme decisões do próprio Conselho de Contribuintes (descritas às fls. 1613 a 1615 do recurso);
17. Que seja reformada a decisão de primeira instância administrativa para anular o lançamento fiscal impugnado, com fundamento nas razões cima elencadas, seja pela ausência de fundamentação legal pela inaplicabilidade do art. 42 da Lei 9430/96, seja pela consumação do prazo decadencial ou mesmo pela violação à regra do art. 150 do RIR/99 e aos princípios do não confisco e da capacidade contributiva;
18. Que na hipótese de não ser anulado o lançamento em sua totalidade, requer-se, ao menos, que se exclua da tributação todos os valores cujos os beneficiários já se encontram identificados (e, provavelmente autuados) nos próprios documentos que amparam o lançamento;
19. Por fim, na hipótese de ser mantido, ainda, o lançamento requer a diminuição da multa para o percentual de 75%.
20. É a síntese do necessário.

É a síntese do necessário.



Voto

Conselheira JANAINA MESQUITA LOURENÇO DE SOUZA, Relatora

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da DRJ de São Paulo – SP II que confirmou o Auto de Infração de fls. 1525/1527, por omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, nos anos calendário 2001 e 2002.

O Recurso Voluntário atende aos requisitos de admissibilidade constantes no Decreto 70.235/72, portanto merece ser conhecido.

Vale ressaltar que a ciência da decisão de primeira instância administrativa se deu em 18.04.2008 (AR de fls. 1589-verso) e o Recurso foi protocolizado em 21.05.2008, dentro do prazo legal, considerando que o termo “*a quo*” de contagem do prazo foi o dia 22 de abril de 2008, em razão do final de semana e do feriado de Tiradentes.

Nulidade do Auto de Infração

A priori cabe destacar possível nulidade do auto de infração decorrente da inobservância ao Art. 142 do Código Tributário Nacional, pelos seguintes fundamentos.

O dispositivo acima citado assim dispõe: “*Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*”

Portanto, sendo o lançamento ato vinculado que declara a obrigação tributária e constitui o crédito tributário, exige da autoridade administrativa verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e aplicar a penalidade legal. Vale dizer, entretanto, que tudo isso só é possível mediante a instauração do devido procedimento administrativo fiscal.

Com o ato do lançamento, nos termos acima, surge a possibilidade do sujeito ativo (o Ente Federado) exigir do sujeito passivo (o devedor do tributo), o crédito tributário constituído.

Contudo, o lançamento ao constituir a relação de responsabilidade, identifica o sujeito passivo, individualizando a relação obrigacional, verificando quais aqueles que se enquadram nas condições previstas pela hipótese de incidência da lei, e faz surgir o vínculo patrimonial entre os sujeitos ativo e passivo.

Entretanto, ao analisar este caso concreto verifica-se a ausência de procedimento administrativo capaz de identificar o sujeito passivo da obrigação tributária. Senão vejamos.

Nas razões de Recurso Voluntário o contribuinte nega ter realizado as infrações tributárias devidamente tipificadas no presente Auto de Infração, ou seja, não assume ter

efetuado as remessas para o exterior, calcando sua defesa na inexistência de provas inequívocas de que ele as tivesse efetuado.

Por outro lado, como provas da ocorrência do fato gerador por parte do sujeito passivo, a autoridade fiscal autuante junta para instruir o Auto de Infração “Laudo de Exame Econômico-Financeiro”, nº 1258/04 – INC (fls. 21/27) elaborado pelos Srs. Peritos Criminais Federais do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal, confirmando a autenticidade das mídias computacionais apresentadas pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque.

O douto relator (*a quo*) justifica em seu voto que no item 28 do Laudo (fls. 34) resta esclarecido que as planilhas foram confeccionadas em um tipo de mídia óptica que permite a gravação permanente de informações sem a possibilidade de alterações posteriores, tendo sido procedida, inclusive, a uma autenticação eletrônica dos arquivos. Também aduz que o Laudo e a mídia gravada representam fielmente todos os documentos citados no próprio Laudo e os dados constantes em anexo, por sua vez, reproduzem (até pela impossibilidade de sua alteração) dados constantes da mídia.

Por estes documentos entende comprovadas as ordens de pagamentos feitas pelo recorrente na transação nº 0231700214ES especificada no dia 2/8/2002, para a conta YORK NY 10022-3703.

Contudo, v.m.j, assiste razão ao recorrente ao afirma a imprestabilidade das provas utilizadas pela autoridade fiscal autuante para instruir o Auto de Infração.

Cabe aduzir que foram juntadas como provas da infração fiscal documentos em língua estrangeira e provas emprestadas. O Laudo de Exame Econômico-Financeiro”, nº 1258/04 – INC (fls. 21/27) elaborado pelos Srs. Peritos Criminais Federais do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal, confirmando a autenticidade das mídias computacionais apresentadas pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque, que não pode ser considerado documento hábil para conferir a certeza de um fato econômico tributário, por ser apócrifo.

O fato relevante é que não restou comprovado nos autos que o recorrente é o efetivo titular das contas bancárias em questão, pois a menção do nome do contribuinte nos citados documentos não é suficiente para afirmar ser o sujeito passivo da obrigação tributária.

Os indícios de que o recorrente tenha sido o efetivo ordenador/beneficiário dos pagamentos não são suficientes para comprovar sua participação. Como o cerne da questão trata sobre a prova dos rendimentos tributáveis, elemento positivo da base de cálculo, o encargo probatório é do Fisco, pois, a contrário senso, traria demonstração extremamente custosa – senão impossível – ao contribuinte.

Segundo lição do Eminentíssimo Professor Paulo de Barros Carvalho a prova indiciária sempre fica sujeita à análise dos elementos vinculados ao fato. Os arquivos magnéticos (ou mídias computacionais apresentadas pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque) constituem meros indícios, não prova definitiva capaz de sustentar um lançamento tributário, a menos que haja concordância expressa do sujeito passivo.

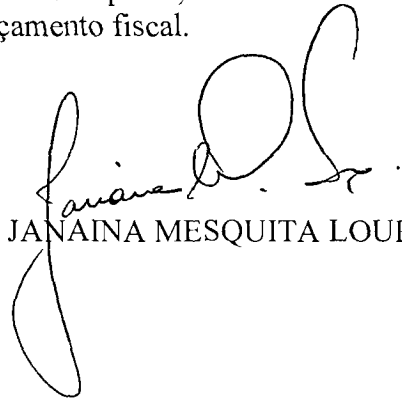
Ademais de tudo acima fundamentado, cabe citar o Acórdão do Processo nº 19515.001035/2007-79, julgado pela 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, Terceira Seção de Julgamento, cujo relator Dr. Pedro Paulo Pereira Barbosa foi acompanhado por unanimidade por aquela Turma de julgamento em autuação semelhante contra José Mendes Povoação, que

seria um dos responsáveis pela movimentação das contas ao lado de ora recorrente Luiz Felipe Malhão de Souza.

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS – LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS – ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO – Na presunção de omissão de rendimentos de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, o sujeito passivo é o titular da conta bancária que, regularmente intimado, não comprova a origem dos depósitos bancários. O ônus da prova de que o contribuinte é titular de fato da conta bancária mantida em nome de terceiro, pessoa física ou jurídica, é da autoridade lançadora.”

Portanto, como muito bem asseverou o ilustre Conselheiro daquela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara: *“Convém deixar bem assentado que se trata aqui de lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada tendo por suporte legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Nesse tipo de lançamento, embora se inverta o ônus da prova, essa inversão se refere apenas à origem dos depósitos. O ônus de comprovar que o contribuinte é o efetivo titular dos créditos bancários cuja origem não comprovou é do Fisco.”*

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário para cancelar o lançamento fiscal.



JANAINA MESQUITA LOURENÇO DE SOUZA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
2ª CAMARA/2ª SEÇÃO DE JULGAMENTO

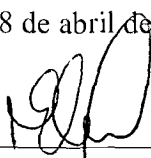
Processo nº: **19515.001036/2007-13**

Recurso nº: **167.524**

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº **2201-00.914**.

Brasília/DF, 28 de abril de 2011



EVELINE COELHO DE MELO HOMAR
Chefe da Secretaria da Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- () Apenas com Ciência
- () Com Recurso Especial
- () Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional